

A. I. Nº - 272041.0201/15-4  
AUTUADO - SAMADHI HOTELS LTDA.  
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA  
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27.10.2016

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0011-01/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCIERAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A base de cálculo do imposto foi apurada de forma incorreta, a partir das informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, contemplando receitas estranhas ao campo de incidência do ICMS. Item nulo. Também se constatou o cerceamento ao direito de defesa do autuado pelo fato de não lhe terem sido entregues o “Relatório Diário Operações TEF” e os demonstrativos elaborados pelo autuante, documentos fundamentais à comprovação do ilícito apontado, ocasionando o cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo. 2. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO REGULARMENTE ESCRITURADO. O contribuinte demonstrou o recolhimento de parte do débito lançado. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/15, exige ICMS no valor de R\$34.210,18, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 1 - omissão de saída de mercadorias tributadas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de maio de 2013 a dezembro de 2014. ICMS: R\$34.143,86. Multa: 100%, conforme a data da ocorrência do fato gerador;

Infração 2 – falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro de 2013 e abril de 2014. ICMS: R\$66,32. Multa: 60%.

O autuado apresentou defesa inicialmente informando que atua na atividade hoteleira e apura o tributo com base em conta corrente fiscal. Diz que seu faturamento é obtido “pela venda de serviços de hospedagem (sendo que dentro da hospedagem está incluído os chamados “all inclusive” e a “meia-pensão, dependendo do tipo de pacote vendido, e também da venda de mercadorias (nos chamados “consumos extras” por não estarem incluídos no pacote de hospedagem), sendo que, no ano de 2013, a grande maioria dos pacotes foi “all inclusive”, e somente para ciência, muitas empresas que vendem os pacotes pagam os mesmos através de cartões de crédito ou débito corporativos”. (SIC)

Acrescenta que, conforme os demonstrativos que apresentou, seus faturamentos são muito superiores aos constantes no auto de infração e correspondem às vendas totais da empresa, isto é, serviços de hospedagem junto com vendas de mercadorias.

Salienta que as informações prestadas pelas instituições financeiras e operadoras de cartão de crédito são genéricas e não distinguem os valores relativos às prestações de serviços não compreendidos na incidência do ICMS, daqueles montantes referentes às operações com saídas de mercadorias, consoante o disposto no PARECER Nº 28292/2012, datado de 29/11/2012, exarado pela DITRI/SEFAZ.

Quanto à infração 2, alega que o ICMS concernente ao mês de setembro de 2013 (R\$27,36) foi devidamente recolhido em 15/10/13, de acordo com o DAE que anexou. Relativamente ao ICMS de mês de abril de 2014, reconhece que “*não foi pago, porém devido ao valor não poderia gerar um Auto de Infração*”, conforme o artigo 38 do RPAF/99.

Por fim, pede a improcedência do lançamento de ofício.

Ao prestar a informação fiscal (fl. 165), o agente fiscal afirma que não procedem as argumentações defensivas, tendo em vista que “a própria autuada faz confissão de dívida junto à SEFAZ/BA destacando os ICMS a recolher para cada mês e ano” e, portanto, “os recursos advindos ‘por fora’ também seriam de responsabilidade da autuada (com tributação de 4%). Diz que está anexando fotocópias dos livros de Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS do período fiscalizado (fls. 166 a 224 e 225 a 266) para comprovar que não houve erro na escrituração.

Aduz que a 50ª alteração contratual, anexada às fls. 53 a 61 não pode ser aplicada neste processo administrativo fiscal, pois está datada de 25 de maio de 2015 e, assim, não pode ter efeito retroativo.

Finaliza lembrando que os relatórios de “Controle Interno” apensados pelo autuado não podem ser aceitos à luz da legislação e requer a procedência do auto de infração.

## VOTO

Inicialmente, há de se salientar que existe, no presente processo administrativo fiscal, um vício formal consistente na falta de entrega ao contribuinte do “Relatório Diário Operações TEF”, anexado às fls. 11 a 44 dos autos, bem como de todos os demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 6 a 10), documentos fundamentais à comprovação do ilícito apontado, o que provocou o cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo.

Além disso, pelo exame da documentação juntada pelo autuado, às fls. 65 a 163 (Guias de Pagamento do ISS – DAM, Relatórios de Pagamento do Decolar.com e Relação de Notas Fiscais Eletrônicas Emitidas, fornecida pela Prefeitura Municipal de Santa Cruz de Cabrália), constato que a imensa maioria dos valores recebidos pela empresa se refere a prestações de serviços de hotelaria, atividade sujeita ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza e não ao ICMS.

Os documentos trazidos aos autos comprovam que o autuado possui atividade mista, isto é, efetua venda ou fornece mercadorias juntamente com a prestação de serviços.

Nesse caso, a tributação do ICMS deve alcançar apenas as operações com mercadorias, o que não ocorreu no presente auto de infração, haja vista que se verifica (pela relação de notas fiscais de prestação de serviços em confronto com o Relatório Diário Operações TEF) que inúmeras receitas auferidas foram oriundas de pagamentos feitos pelos clientes com cartões de crédito e/ou débito.

Por fim, como essas empresas de hotelaria tipicamente trabalham com diversas mercadorias enquadradas na substituição tributária, o roteiro de auditoria deve levar em conta tal particularidade, efetuando a proporcionalidade entre as mercadorias tributáveis e aquelas já tributadas anteriormente, o que também não foi feito nesta autuação.

Assim, concluo que há grande insegurança na determinação da base de cálculo do tributo estadual e, portanto, deve ser declarada a nulidade do lançamento de ofício.

Na infração 2, o ICMS foi cobrado por falta de recolhimento nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro de 2013 e abril de 2014.

Efetivamente o sujeito passivo logrou comprovar o recolhimento, em 15/10/13, do imposto relativo ao mês de setembro de 2013 no valor de R\$21,28, de acordo com o DAE que anexou aos autos (fls. 70 a 72), embora em montante inferior ao efetivamente devido (R\$27,36).

Quanto ao ICMS do mês de abril de 2014 (R\$38,96), a empresa reconheceu que o tributo não foi mesmo quitado, embora alegue que, pelo seu valor diminuto, não poderia ser objeto de auto de infração.

Saliento que o contribuinte teria razão se a imputação fosse a única apurada pela fiscalização, o que não foi o caso.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para julgar nula a infração 1 e para excluir, da infração 2, o montante de R\$21,28 (referente a setembro de 2013), restando devido o total de R\$45,04.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272041.0201/15-4, lavrado contra **SAMADHI HOTELS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de janeiro de 2016.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR